

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA (Emenda Constitucional 41, de 9.12.2003) E O DIREITO ADQUIRIDO. O CONTEÚDO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS

Germana de Oliveira Moraes

Juíza Federal no Estado do Ceará

1. Mutações constitucionais e o princípio da segurança das relações jurídicas; 1.1. Intangibilidade do direito adquirido perante o Poder Constituinte derivado; 1.2. Inoponibilidade do direito adquirido perante o Poder constituinte originário; 2. A Reforma Constitucional Previdenciária – Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003; 2.1. A Reforma Previdenciária e direito adquirido; 2.2. O conteúdo das regras de transição e seus destinatários.

1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A reforma previdenciária é uma reforma constitucional. De natureza constitucional. Veicula-se por intermédio de normas constitucionais.

Logo, a questão há de ser tratada através do prisma das mutações das normas constitucionais. O Direito Constitucional Brasileiro apresenta a marca da mutabilidade, caracterizado que é por constante mudança de textos básicos, seja através da edição de novos diplomas normativos, seja através de sua atividade de reforma, mediante emendas.

A Reforma Previdenciária veiculada mediante a Emenda Constitucional n. 41, em 19.12.2003, é um exemplo de mudança das normas da Constituição, e

como tal tem suscitado vários problemas jurídicos concernentes à sucessão normativa da lei superior.

A análise teórica desses problemas decorrentes da aplicação intertemporal das normas constitucionais resolve-se a partir da adoção do princípio da segurança das relações jurídicas, cujos desdobramentos compreendem a irretroatividade das normas e a proteção ao direito adquirido – temas umbilicalmente entrelaçados.

O princípio da segurança das relações jurídicas aglutina um conjunto de regras assecuratórias de uma certa estabilização no tempo de situações jurídicas estabelecidas pelo Poder Público.

Admite-se, no entanto, que, diante de certas situações, o valor segurança possa ceder e, em consequência, a irretroatividade das normas e a intangibilidade do direito adquirido possam ser excepcionadas.

O princípio da supremacia do Direito, a demandar a revisão de situações irregularmente constituídas, e, o ideal de Justiça – a exigir constante mutabilidade justificam a contemporização do princípio da segurança das relações jurídicas.

A realização do Direito decorre da incessante busca sisífica de conciliação entre as exigências, por vezes contrárias de justiça e de segurança. A justiça demanda, com frequência, a modificação das normas e das situações, para que assim se possa aperfeiçoar constantemente a ordem jurídica adaptando-a à sociedade cada vez mais mutante. O valor justiça requer mutabilidade. Noutro passo, o valor segurança exige estabilidade, que se traduz no respeito às situações já existentes.

A segurança jurídica, diante de situações regularmente constituídas, poderá ceder, portanto, em nome do valor Justiça, pois este incita à mutabilidade.

De um lado, o princípio da segurança das relações jurídicas requer a proteção das situações regularmente constituídas: ora impondo a obrigação de mantê-las; ora proibindo a imposição retroativa de novas obrigações.

Por outro lado, o princípio da supremacia do Direito e o ideal de Justiça, conforme visto, justificam as exceções à proeminência do valor segurança.

O problema que se põe é identificar quais instrumentos normativos podem contemplar tais exceções.

Essas exceções somente poderão ser produzidas por meio de normas constitucionais emanadas do Poder constituinte originário. Jamais por intermédio de emendas constitucionais, manifestação do poder constituinte derivado.

1.1. INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

No Estado de Direito, a regra geral é a da impossibilidade – por razões de ordem factual, lógica e jurídica de que as normas disciplinem situações produzidas sob a égide de normas anteriores, suprimindo-lhes os efeitos ou atribuindo-lhes efeitos diversos.

As normas jurídicas são feitas para vigorar **ad futurum**, i.e., para incidir sobre fatos posteriores a sua edição.

A irretroatividade, compreendida como a proibição de incidência de normas sobre fatos passados, decorre da impossibilidade física e lógica de reverter os efeitos dos fatos passados, os quais o tempo se encarrega de cristalizar.

Além disso, é uma das facetas do valor segurança, inerente à norma jurídica e consectário de seu atributo de abstratividade, isto é, “do fato que liga uma dada consequência à atribuição ou emissão de uma ação típica, enquanto tal repetível”. Conforme explica Norberto Bobbio, a função de segurança depende dessa característica puramente formal da lei, pois a emanção de normas abstratas assegura a previsibilidade e, portanto, a calculabilidade das consequências das ações¹.

O princípio da segurança das relações jurídicas traduz o triunfo do “governo das leis” sobre “o governo dos homens”. É corolário do princípio estruturante do Estado de Direito.

Na presença de certas situações estabelecidas conforme o Direito, tem o efeito de limitar o poder das autoridades públicas de modificar regras e decisões para o futuro, bem como de restringir o poder dessas autoridades de atribuir às regras e decisões presentes um caráter retroativo.

Predomina, por isso, a regra da irretroatividade das normas e de proteção ao direito adquirido, na edição de emendas constitucionais, resultantes do poder de reforma.

Diferentemente, o direito adquirido não se opõe contra o poder constituinte originário.

¹ BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo”, Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 1986, p. 158.

1.2. INOPONIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO PERANTE O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Aceita-se a possibilidade de retrooperância das normas da nova Constituição, emanada do exercício do poder constituinte originário.

Não há dissenso no plano doutrinário quanto à possibilidade de uma nova Constituição, substituta da Carta antecedente emanada do Poder constituinte originário, colher fatos a ela anteriores, para “dar-lhe caráter (lícito ou ilícito) diferente do que tinham na ordem jurídica anterior. Igualmente pode pôr termo a direitos adquiridos”²

A Constituição superveniente pode incidir sobre efeitos passados de fatos a ela anteriores. Assim ocorre, nos momentos históricos de transformações das ordens jurídicas. A Constituição Brasileira de 1891, à época da transição do regime monárquico para o republicano extinguiu os títulos de nobreza dispondo que “A República não admite privilégios de nascimentos, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho (art. 75 – par. 2º)

A retroatividade não é vedada à norma constitucional oriunda do poder Constituinte originário, por causa da constante necessidade de adaptação do Direito às transformações da sociedade, razão de ser das características daquele de inicialidade, incondicionalidade e de ilimitação,

Entretanto, preciso é atentar para a predominância da irretroatividade sobre a doutrina do poder constituinte originário – porque aquela é imanente à norma e o poder constituinte, ainda que inicial, ilimitado, incondicional, destina-se a produzir normas.

Assim, sendo a regra geral a ultraatividade da norma, e a regra excepcional, a retroatividade e o desrespeito ao direito adquirido, a nova norma constitucional, ainda que manifestação do Poder constituinte originário, para retroagir ou atingir o direito adquirido, há de conter ressalva expressa em tal sentido.

Fixam-se, assim, três premissas necessárias ao desenvolvimento do tema Reforma Previdenciária e Direito adquirido: 1º) a intangibilidade do direito adquirido perante o poder constituinte derivado; 2º) a inoponibilidade do direito

² (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Poder constituinte e direito adquirido”, IN RDA 210/1-9)

adquirido perante o poder constituinte originário; 3º) necessidade de disposição normativa expressa na hipótese de retroatividade da norma constitucional originária ou de supressão por esta do direito adquirido.

2. A REFORMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19.12.2003.

A resolução dos problemas relativos à sucessão das normas constitucionais, mais precisamente dos conflitos entre a aplicação das normas anteriores do regime previdenciário da CF de 1988 e as normas da Reforma Previdenciária comporta dois focos principais.

Primeiro, o foco recai sobre o exame da possibilidade de a emenda constitucional retroagir, vale dizer colher fatos pretéritos e atribuir-lhes efeitos distintos (desconstituindo-os ou alterando-os) daqueles produzidos na ordem precedente.

O segundo foco refere-se à distinção de qual norma – se a nova ou a antiga, incidirá sobre os fatos em vias de constituição no momento da reforma constitucional. As regras de transição configuram a solução legislativa para este conflito de aplicação de normas constitucionais no tempo.

Os impactos das mudanças normativas introduzidas pela Reforma Previdenciária sobre as relações jurídicas constituídas sob a égide da antecedente norma constitucional podem operar-se de diferentes modos.

Por primeiro, está consagrada a proteção constitucional ao direito adquirido - uma das facetas do princípio da segurança das relações jurídicas. Prestigiou-se a impossibilidade de a norma constitucional retroagir, vale dizer, colher fatos pretéritos e atribuir-lhes efeitos distintos daqueles produzidos na ordem precedente. Tem-se, aí, a primeira parte do tema proposto - Reforma previdenciária e direito adquirido.

Assunto distinto é a incidência da nova norma constitucional sobre os fatos ainda em vias de constituição, o que se resolve mediante a aplicação das regras transitórias.

Entenda-se que as projeções dos fatos passados (os efeitos pendentes e futuros) não constituem hipótese de retroatividade da norma nem de mácula ao direito adquirido.

O que o princípio da segurança das relações jurídicas requer, nestas hipóteses de regulação da expectativa de direito, é que a nova norma constitucional – no caso, a emenda, não possa impor ao indivíduo uma modificação brutal, por isso deve conter medidas transitórias em favor de seus destinatários.

2.1. REFORMA PREVIDENCIÁRIA E DIREITO ADQUIRIDO

A Reforma Previdenciária veiculada através da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003 estabeleceu requisitos mais rígidos para a obtenção de benefícios. Por exemplo, ao conjugar, para fins de aposentadoria, os critérios de idade mínima e de tempo de contribuição, associados à exigência de tempo mínimo no serviço público e no cargo de inativação.

Entretanto, o artigo 3º da EC 41/2003 assegura expressamente a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos, bem como a seus dependentes que, até a data da publicação da Emenda – 19.12.2003, tenham cumprido os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Indaga-se, se não constasse essa regra de transição, não estaria assegurado o direito adquirido. Penso que, independentemente de inserção de regra explícita, estaria assegurado o direito adquirido, pelas razões a seguir:

1º) porque a emenda constitucional não pode prejudicar o direito adquirido, em consequência do princípio da segurança das relações jurídicas e do disposto no artigo 5º – XXXV I da CF/88;

2º) em face da desnecessidade de norma expressa salvaguardando o direito adquirido, visto ser regra geral valer a alteração normativa para o futuro, e regra excepcional – que por isso mesmo há de ser expressa, valer para o passado.

Indispensável seria ressalva expressa se fosse o caso de suprimir o direito adquirido, porque a ultra atividade é a regra, e a retroatividade a exceção, que por isso mesmo, há de ser explícita.

Infere-se, por isso que, não obstante a ausência de salvaguarda expressa na Reforma Previdenciária, o servidor que tem direito adquirido à aposentadoria proporcional até a promulgação da Emenda poderá requerer aposentadoria proporcional, mesmo após a publicação da Emenda constitucional, com adoção das regras da legislação anterior.

Em síntese, embora rigorosamente desnecessária, a inserção da salvaguarda expressa do direito adquirido reveste-se de utilidade e é bem vinda,

sobretudo se tivermos em mente a controvérsia que paira no plano doutrinário sobre o assunto.

2.2. O CONTEÚDO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS

As regras de transição, segundo lição de ROUBIER, na obra clássica "*Le Droit Transitoire*", têm o fim de estabelecer um regime intermediário entre as duas leis – a antiga e a nova, de modo a permitir a conciliação dos interesses particulares com a lei nova.³

As regras de transição são uma solução legislativa para os problemas gerados pela sucessão de leis no tempo.

Na Reforma Previdenciária, as regras de transição – entre o regime previdenciário disposto na Constituição de 1988 e aquele introduzido pela EC 41 de 19.12.2003, integram o texto da emenda constitucional, ao lado da nova norma.

Assim dispõe o artigo 3º da citada EC 41/2002: "art. 3º - É assegurada a concessão a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente."

Essas regras de transição da Reforma Previdenciária visam conciliar com o novo regime a situação dos servidores já com requisitos preenchidos para o exercício de direitos como de aposentadoria e percepção de pensão e, também, daqueles que embora sem direito adquirido já tinham expectativa de direito.⁴

Destinam-se, portanto, àqueles detentores de direito adquirido e àqueles, que, muito embora sem direito adquirido, já tinham expectativa de direito.

a) A EC 41/2003 e a proteção ao direito adquirido

O art. 3º – já estudado, é regra expressa protetora do direito adquirido sob a égide da norma constitucional precedente.

³ ROUBIER, Paul, "*Le droit transitoire- conflits des lois dans le temps*", 2e ed., France, Dalloz, 1993, p. 147.

⁴ CAVALCANTI, Francisco – "O novo regime previdenciário dos servidores públicos", Editora Nossa Livraria, Recife-Maceió, 1999, p. 79.

A rigor, o caput do artigo citado, ao proteger o direito adquirido, não encerra uma regra de transição, na acepção técnica do termo. Dirime o conflito das leis, esclarecendo ser aplicável a lei antiga, mas não estabelece um regime intermediário entre os dois regimes previdenciários. Contém uma regra de Direito transitório – uma regra de conflito, mas não uma regra de transição, em sentido estrito.

Dispõe, em síntese, que sobre os efeitos dos fatos passados (**facta prae-terita**) incidirá a lei antiga, impedindo que a lei nova os desconstitua. Prorroga a ação da lei antiga sobre os fatos passados, consumados sob a égide da lei anterior.

b) As regras de transição da EC 41/2003 e a expectativa de direito

Destacam-se entre as demais regras transitórias aquelas que modificaram os requisitos para a obtenção de aposentadoria voluntária, integral ou proporcional; disciplinando, assim, a situação daqueles colhidos pela Emenda com mera expectativa de direito de aposentar-se de acordo com as condições do regime anterior.

Essas regras transitórias não contemplam qualquer forma de retroação da norma nova, tampouco envolvem direito adquirido, mas sim expectativa de direito.

A expectativa de direito não se confunde com o direito adquirido, sendo aquela, consoante LIMONGI FRANÇA “a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”, enquanto no direito adquirido, ainda segundo o autor citado, o fato aquisitivo específico já estaria configurado por completo.⁵

As regras transitórias em comento disciplinam a incidência da nova norma constitucional sobre fatos pendentes (**facta pendentia**), ou seja, aqueles que geram uma expectativa de direito.

Por isso mesmo, e para amortizar os impactos das mudanças negativas sobre seus destinatários, introduzem um regime intermediário de transição entre as normas da Carta de 1988 e as normas da EC 41/2003.

Dai, a previsão de critérios transitórios – mais flexíveis, menos rigorosos em relação à nova norma constitucional, para a obtenção da aposentadoria

⁵ LIMONGI FRANÇA, “A irretroatividade das leis e o direito adquirido”, 4ª. ed., RT, SP, 1982, ps. 240/241.

integral e da aposentadoria proporcional para os servidores que ainda não haviam implementado as condições de aposentação sob a égide da norma constitucional anterior.

Para concluir, lembremos da imagem do quadro "Saturno devorando el nino", que se encontra no Museu Del Prado em Madrid. Simboliza a inexorabilidade do tempo, implacável, que tudo devora. Saturno está relacionado a Chronos, o deus grego do tempo, que muito embora possa tudo devorar, ao mesmo tempo distribui justiça, ainda que nem sempre de forma piedosa ou condescendente.

Essa é a condenação de todos nós operadores do Direito: discernir qual solução importará simultaneamente o menor sacrifício da segurança das relações jurídicas e a maior realização do ideal de Justiça, que nós, seres humanos, mortais, inconformados, perseguimos...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto – "O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo", Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 1986
- BRITO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Valmir – "Direito adquirido contra as emendas constitucionais", IN RDA 202/75-80, RJ, FGV, 1995.
- CAVALCANTI, Francisco – "O novo regime previdenciário dos servidores públicos", Editora Nossa Livraria, Recife-Maceió, 1999.
- DANTAS, Ivo – "Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade", RJ, Editora Lúmen Júris, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – "Poder constituinte e direito adquirido", IN RDA 210/1-9, RJ, FGV, 1997.
- FRANÇA, Limongi – "A irretroatividade das leis e o direito adquirido", 4ª. ed., RT, SP, 1982.
- FROMONT, Michel – "Le principe de securité juridique", "L'actualité juridique - , Droit Administratif, Paris, 1996.
- HORTA, Raul Machado – "Constituição e Direito adquirido", IN "Estudos de Direito Constitucional" Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

- MACHADO, Hugo de Brito – “Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais”, IN Revista dos Tribunais n. 714/19-26, 1995.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes – Reforma da Previdência Social – Comentários à Emenda Constitucional n. 20/98, SP, LTR, 1999.
- MILESKI, Hélio Saul – O regime Previdenciário do servidor público à luz da emenda Constitucional n. 20/98, IN Revista Interesse Público, Ano I, n. 2, abril/junho, SP, Notadez, 1999.
- MODESTO, Paulo – “Reforma administrativa e direito adquirido”, IN Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n. 8, Salvador, novembro de 2001.
- PONTES FILHO, Valmir – Direito adquirido ao regime de aposentadoria, IN Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, n. 8, Salvador, novembro de 2001.
- RAO, Vicente – “O Direito e a vida dos direitos”, 3ª ed. SP, ERT, 1991.
- ROUBIER, Paul – “Le droit transitoire- conflits des lois dans le temps”, 2e ed., France, Dalloz, 1993.
- SILVA, José Afonso da – “Reforma Constitucional e Direito adquirido”, IN RDA 213/121-131, RJ, FGV, 1998.